



LA ORIGEN DEL AMPARO MEXICANO Y LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTITUTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTINENTE AMERICANO.

Giancarlo Rolla*

Sumario: 1. Características del constitucionalismo latinoamericano: desde el período de la independencia al “neo constitucionalismo”. 2. El amparo mexicano: el nacimiento de un prototipo e los coetáneos recursos europeos para la tutela de los derechos fundamentales. 3. La circulación y hibridación del modelo mexicano en América latina. 4. Algunas consideraciones finales sobre el papel de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales.

1. Características del constitucionalismo latinoamericano: desde el período de la independencia al “neo constitucionalismo”

La evolución del constitucionalismo en América latina puede ser dividida en dos etapas: el período de la independencia e la afirmación de el “neoconstitucionalismo” latinoamericano.

La primera, si se sigue la opinión de uno de los principales constitucionalistas, se distingue por algunas características como la heterogeneidad, la no originalidad y la peculiaridad¹. La heterogeneidad se produjo, una vez desapareció la homogeneidad impuesta en el período colonial, al pasarse de la unidad política del *Reino de las Indias* a una pluralidad de subsistemas constitucionales, diferentes aunque comparables, representados por México y Centroamérica, Venezuela y Colombia, Brasil, Argentina y Uruguay, Perú y Chile.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr., D. GARCIA BALAUDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, en *Estudios constitucionales*, 2003, p. 65.

La no originalidad deriva, fundamentalmente, de los lazos estrechos y duraderos que unieron el continente latinoamericano a la cultura jurídica española a causa de la experiencia colonial, pero también al constitucionalismo liberal europeo y norteamericano. A este propósito de la primera característica la doctrina alude a un fenómeno de infiltración subterránea, desde el momento en que tres siglos de dominación política no podían no dejar una señal indeleble en la cultura del continente. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la común trayectoria jurídica de España y la colonia culminó en la experiencia de las *Cortes de Cádiz*, cuya influencia cultural y política fue mucho más allá del período de tiempo limitado de su vigencia. Se trató de la primera apertura a las ideas del constitucionalismo liberal moderado; y todavía hoy la Constitución de 1812 es considerada “el primer y único intento que realizó la clase política española conjuntamente con América, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*”².

Pero también fue determinante la influencia de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII que marcaron la crisis del Estado absoluto y la afirmación del Estado constitucional de derecho. Dentro del impulso revolucionario producido por los movimientos de independencia, las ideas liberales dejaron huellas evidentes en los primeros textos constitucionales de América latina, que se dirigen, sobre todo, a la introducción de correctivos a la concentración del poder, bien a través del reconocimiento del principio de la separación de poderes, bien mediante el criterio de la alternancia en el gobierno en virtud de la prohibición de reelección de los cargos.³ Asimismo, se reconocieron la afirmación de la soberanía popular y el principio representativo, así como los tradicionales derechos del individuo.⁴ Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela cuyos primeros tres artículos parecen reproducir muchos preceptos de la Declaración francesa de los derechos y de las libertades⁵.

Sin embargo, si bien no hay duda de que América Latina ha participado plenamente “del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden

² Con respecto a la influencia de la Constitución de Cádiz: B. CLAVERO, *Annual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989; J. GARCIA LAGUARDIA, *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*, S. José, 1976; F. FERNANDEZ SEGADO, *España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, pp.13ss; M.REVENGA SÁNCHEZ, P.BIGLINO CAMPOS (coord.), *Las huellas de la Constitución de Cádiz*, Valencia, 2014; A. RAMOS SANTANA, *La Constitución de Cádiz y su huella en América*, Cádiz, 2011; J.M.GARCIA LAGUARDIA, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América : 175 años 1812-1987* San José, 1987.

³ El principio del poder limitado se encuentra, por ejemplo, en los arts. 13 y 14 de la Constitución de Perú de 1839, en el Título V, art. 2 de la Constitución de Venezuela de 1819, en el art. 22 de la Constitución de Argentina de 1853, o en el preámbulo de la Constitución de Chile de 1828.

⁴ Véase: art. 40 de la Constitución de México de 1917, art. 12 de la Constitución de Perú, art. 1 de la Constitución argentina, y el art. 21 de la Constitución chilena.

⁵ Art.1: “Son derechos del hombre la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad. La felicidad general que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos”. Art.2: “La libertad es la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la ley. La ley es la única regla a que debe conformar su conducta”. Art.3: “La expresión libre y soberana de la voluntad general manifestada de un modo constitucional, es lo que constituye una ley. Ella no puede mandar sino lo justo y útil; no puede prohibir sino lo que es perjudicial a la sociedad ni puede castigar sino al criminal”.

constitucional”⁶, es igualmente cierto que ello se produjo sobre la base de un original proceso, en el sentido de que las soluciones constitucionales introducidas en la fase de independencia contenían significativos elementos de diferenciación respecto a la experiencia contemporánea europea. Esto ha permitido sostener que “Europa es la matriz, pero América Latina es una realidad propia”⁷. No hay que olvidar que la introducción de instituciones propias del constitucionalismo norteamericano y francés en una cultura institucional distinta ha generado resultados muy diferentes en comparación con los prototipos de referencia, como claramente pone de manifiesto la parábola del federalismo y del presidencialismo en América Latina.

Además, los ordenamientos republicanos se calificaron como representativos –si bien bajo un sufragio restringido–, aunque nunca lograron llegar a ser verdaderamente democráticos. Mientras, los cambios relativos a las estructuras institucionales no fueron acompañados de una sustancial penetración de los valores y de los principios del constitucionalismo. En consecuencia, la historia constitucional de América Latina –inmediatamente después de la fase independentista– evidencia un progresivo alejamiento del espíritu (más que de la letra) del constitucionalismo europeo.

Para contra, la reciente evolución constitucional de numerosos ordenamientos manifiesta la discontinuidad que separa las vigentes Constituciones de aquéllas del pasado, como las novedades que se produjeron en la evolución del pensamiento jurídico, hasta tal punto que la doctrina ha acuñado un neologismo al aludir al “neoconstitucionalismo” latinoamericano⁸.

Los rasgos esenciales de este cambio se pueden observar, principalmente, a través de tres elementos: la aparición de una idea diversa de Constitución, el perfeccionamiento de las técnicas de codificación de los derechos fundamentales, la afirmación de la justicia constitucional.

Desde el prisma de la teoría de la Constitución se asiste a una profunda novedad derivada del surgimiento de la idea normativa de la Constitución, como vínculo jurídico sancionable frente a todos los poderes públicos⁹. Las Constituciones ya no se consideran sólo un documento preferentemente político y programático, sino que son un conjunto de normas supremas susceptibles de inmediata y directa aplicación; no representan un

⁶ Así: H. GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p.149.

⁷ Véase: D. GARCÍA BALAUDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, cit., p.66.

⁸ Así, D. VALADES, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.) *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, cit., pp.471 ss. Véase también: AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; D. VALADÉS - M. CARBONELL (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000; E. DE LA TORRE VILLAR – G. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, 1992; C. BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, 2006; M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, 2011.

⁹ Sobre el valor normativo de la Constitución son fundamentales los trabajos de: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1954; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

manifiesto político, un “canal de comunicación” de ideologías y principios institucionales,¹⁰ sino más bien un parámetro para evaluar la legitimidad de los hechos y las conductas realizadas por todo los poderes constituidos. Se afirma la primacía de la Constitución y su respeto se convierte en parte necesaria del principio de legalidad, de lo que deriva una progresiva jurisdiccionalización del derecho constitucional que marcará el cambio definitivo del *Derecho político* al *Derecho constitucional*: es decir, de la idea de garantía política de la Constitución a la de justicia constitucional.

Un segundo elemento novedoso del “neoconstitucionalismo” de América latina se refiere a la mejora y depuración de las técnicas de codificación y de garantía de los derechos fundamentales. Ante todo, se pone en evidencia la conciencia de la estrecha integración existente entre la democracia y los derechos: diversas Constituciones –en el preámbulo o en disposiciones especiales- configuran el Estado democrático como la única forma de organización política capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona, y consideran el respeto de los derechos de la persona como un límite al ejercicio de la soberanía¹¹.

Desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. Esta elección responde a una función de garantía, tanto en los ordenamientos constitucionales donde no hay órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un estatus constitucional de autonomía e independencia del poder político, como en aquellos otros donde la representación política no siempre está dispuesta a salvaguardar la sustancia de los derechos constitucionales de la persona. De hecho, esta técnica de codificación ofrece parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y para la actividad específica del legislador, lo que permite, por un lado, sortear la inercia de las asambleas legislativas y, por otro lado, limitar la actividad pretoriana de los jueces.

En el pasaje del primero constitucionalismo al “neoconstitucionalismo” se produjo, finalmente, un tránsito desde las teorías de la defensa política de la Constitución –inspiradas en la Francia revolucionaria-, hacia las primeras configuraciones de justicia constitucional en forma de *judicial review* de inspiración norteamericana, mientras en las últimas décadas se asiste a una creciente influencia de los sistemas de justicia constitucional de inspiración europea, caracterizados por un control concentrado y abstracto, y por la posibilidad de que

¹⁰ H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p. 149 define los documentos constitucionales del primer constitucionalismo como “un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban”.

¹¹ Así, las Constituciones de Venezuela, Brasil, El Salvador y Guatemala. A su vez, el art. 5.2 de la Constitución de Chile considera que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Mientras, el art. 1 de la Constitución de Perú y el art. 59 de la Constitución hondureña afirman solemnemente que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

los Tribunales Constitucionales sancionen con efecto *erga omnes* las normas contrarias a la Constitución.

Las tendencias históricas antes mencionadas en materia de control de constitucionalidad –defensa política, *judicial review*, control concentrado– han llegado finalmente a combinarse en tiempos recientes para generar diversas formas de “contaminación”¹², en una especie de *patchwork* constitucional que representa para el comparatista un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional¹³.

En la evolución de los recursos directos a tutela de los derechos constitucionales – en el tránsito a la justicia constitucional una ubicación de parteaguas entre las dos etapas del constitucionalismo americano – asegura la Constitución de Querétaro, cuyo art.103 afirma que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que viole la garantías individuales.

2. El amparo mexicano: el nacimiento de un prototipo e los coetáneos recursos europeos para la tutela de los derechos fundamentales

El proceso histórico que ha dado vida al prototipo del recurso de *amparo* en América Latina – el denominado *juicio de amparo mexicano*– no parece lineal: está influenciado, a un lado, por el segmento histórico constituido por la dominación española y por algunas de sus instituciones históricas, pero, contemporáneamente, por la “fascinación” constituida por la cultura constitucional francesa, del Reino Unido y de los Estados Unidos de América.

El condicionamiento cultural ejercido por España ha sido determinante para plasmar la identidad de América Latina: ha dado vida a una especie de *infiltración subterránea* tan profunda que no podía no incidir en el debate constitucional en materia de *amparo*. En

¹² Para posteriores consideraciones: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pp.40 ss. Véase también: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bolonia, 2000; A.CANOVA GONZÁLEZ, *Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en derecho comparado : Europa actual*, en *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, 2003 pp. 75ss; L.PEGORARO, *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 393 ss; R.SCARCIGLIA, *La justicia constitucional además de los modelos históricos : metodología comparada y perspectivas de análisis*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, pp. 325 ss.

¹³ Sobre las características generales de la justicia constitucional en América latina, véanse: F. FERNANDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América latina*, Montevideo, 2000, pp.5 ss.; IDEM, *Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, pp.11 ss.; E. PRAELI, *Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 2000, pp. 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALA, *Los Tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI*, in *Ius et praxis*, 2003, 2, pp. 59 ss.; H. FIZ ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; E. FERRER MAC- GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2000; D. GARCIA BALAUDE, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, pp. 309 ss.

particular, fue influenciado por algunas instituciones típicas del derecho español, como el *amparo colonial*, la *justicia mayor* del Reino de Aragón o el juicio de responsabilidad afrontado en algunas sesiones de las Cortes de Cádiz.

El derecho colonial, que reconocía el valor del derecho natural y consuetudinario, preveía la posibilidad de presentar recursos ante el Rey o el Virrey para recibir protección en el caso en que las normas legales estuvieran en conflicto con los principios del derecho natural o consuetudinario. Se trataba de instituciones heterogéneas, no reguladas de modo sistemático, que hundían sus raíces en el Derecho foral medieval: como en el caso de la petición al Rey o del recurso por incompetencia constitucional con el cual un individuo que se consideraba lesionado por una determinación del virrey podía dirigirse a un órgano colegial (la Audiencia) para que juzgara si había ido más allá de sus competencias.

Además, la doctrina identifica un antecedente histórico del *amparo* en el recurso que podía ser presentado al Virrey contra actos ilegítimos de los poderes públicos o de una persona que se encontraba en una posición de superioridad en razón de su posición social: no es casual que se suela apelar a un primer ejemplo conocido de *amparo* la petición por parte de un grupo de indios que reivindicaba la restitución de tierras que poseían sus antepasados y que perdieron después de la conquista colonial¹⁴.

Según los históricos del derecho, un antecedente histórico del amparo está representado también por la institución aragonesa de la *justicia mayor* que presenta algunas similitudes con la casi contemporánea institución inglesa del *habeas corpus*: se trataba de una jurisdicción de mediación entre el Rey y los nobles con la tarea primaria tanto de asegurar el respeto de los privilegios y de los *fueros* pactados entre estos últimos y la Corona, como de juzgar en materia de delitos de los *caballeros*, de los funcionarios públicos y de los diputados del reino acerca de la denuncia de cualquier sujeto interesado¹⁵. El derecho de petición para la tutela de los derechos nace, por tanto, en estrecha conexión con el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

Un tercer antecedente histórico del recurso de *amparo* – reconducible también a la tradición jurídica colonial – puede ser identificado en el juicio de responsabilidad por infracción de la Constitución: una institución ampliamente discutida por las Cortes de Cádiz y, más tarde, codificada en la Constitución de 1824.

El art. 372 de la Constitución de Cádiz pedía a las Cortes que tomaran en consideración las infracciones de los preceptos constitucionales y a que les pusieran remedio de modo tal que fuera efectiva la “responsabilidad de los contraventores”; a su vez, el art. 243 del mismo texto constitucional prohibía tanto al Rey como a las Cortes el ejercicio

¹⁴ Véase A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, 1972.

¹⁵ Para una reconstrucción de tal experiencia histórica se reenvía a V. FAIREN GUILLE, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de “manifestación de personas” en relación con el “habeas corpus” británico*, en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid 1969, pp. 131 ss.; Id., *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México 1971; A. BONET NAVARRO, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza 1982.

bajo cualquier forma de las funciones de naturaleza jurisdiccional. El análisis sistemático de las dos disposiciones exigía la identificación de un nuevo órgano y un nuevo procedimiento para conferir efectividad a las disposiciones constitucionales: tal objetivo ocupó los trabajos de diferentes sesiones de las Cortes y se concretó también en algunos proyectos de ley, que no consiguieron ser aprobados.

Tal petición, sin embargo, no cayó en saco roto, desde el momento en que fue retomada y concretizada por los constituyentes mexicanos de 1824, los cuales introdujeron procedimientos diferenciados según si la violación de la Constitución era obra de órganos constitucionales (del Presidente de la federación y de sus ministros, de los Gobernadores de los Estados), de los miembros de la Corte Suprema de justicia o de los funcionarios públicos. En el primer caso, los artículos 38 y ss. de la Constitución reservaban a cada una de las dos Cámaras la competencia para decidir “en calidad de gran jurado” y preveían que éstas, una vez hubieran comprobado la lesión, debían suspender la acusación y llevar al acusado ante la Corte Suprema de justicia, que sería el juez competente para ese caso. Si, en cambio, la lesión constitucional era obra de los jueces de la Corte Suprema de justicia, el órgano encargado de juzgar estaba formado por un colegio cuyos componentes eran elegidos a suerte, entre un grupo expresamente formado para ello, por parte de la Cámara de los diputados más allá de su seno.

A su vez, el art. 163 de la Constitución imponía que todos los funcionarios debían prestar juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes constitucionales y pedía a la ley la competencia para hacer efectiva su responsabilidad. Para tal fin, el reglamento interno del Congreso, en los arts. 140 y ss., confiaba a un Gran Jurado – compuesto por tres miembros y un secretario sorteados entre dieciséis componentes elegidos por cada una de las Cámaras – la tarea de recibir todos los recursos y de desarrollar secretamente la necesaria actividad de instrucción, que terminaba con la aprobación de un *expediente* que debía ser leído al reo, quien tenía la facultad de defenderse. Por tanto, el Gran Jurado debía presentar su propuesta a la Cámara, la cual – después de una discusión contradictoria con la defensa – podía decidir activar una causa de responsabilidad, confiando al presunto reo al juez competente¹⁶.

La solución identificada por este documento constitucional – por cuanto sea compleja – parece interesante en la medida en que muestra las dos “almas” del debate en tema de juicio de *amparo*: la que está más ligada a la idea francesa de la defensa política de la Constitución, y la estadounidense, favorable a reconocer a los jueces tareas de control y de garantía. Así como parece anticipar algunos procedimientos de “justicia política” aún hoy presentes.

La capacidad de “infiltración subterránea” manifestada por la tradición jurídica colonial se mezcla, en un contexto abierto a la influencia de culturas provenientes del

¹⁶Cfr. J. BARRAGAN BARRAGAAN, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824: antecedente inmediato del amparo*, México 1978; Id., *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo*, México 1987.

extranjero, con la fuerza atrayente ejercida por el pensamiento constitucional francés (la defensa política de la Constitución y la responsabilidad de los electos), norteamericano (la *judicial review*) e inglés (el *habeas corpus*)¹⁷.

El pensamiento francés ejerció una influencia particular en las primeras fases de evolución de la institución del amparo. Piénsese, por ejemplo, en la solución adoptada por la Ley constitucional mexicana de 1836, que instituyó un Poder Supremo Conservador, que se inspiraba en el *Sénat Conservateur*: un órgano de nominación política que tenía la tarea, entre otras cosas, de declarar la nulidad de una ley o de un decreto por violación de la Constitución en los dos meses sucesivos a su adopción.

La *vis* atractiva de la tradición constitucional de *common law* puede ser sintetizada en la afirmación de instituciones procesales que superan los límites del tradicional derecho de petición y hacen virar decididamente la rueda de los recursos para la tutela de los derechos de los órganos políticos hacia los jurisdiccionales. Gracias también a la difusión del pensamiento de Tocqueville – cuyo volumen *La democracia en América* fue publicado en México en 1837 – y la apreciación manifestada por la institución de la *judicial review*, la regulación del recurso de amparo manifestó una orientación favorable a confiar al poder judicial federal la competencia para decidir acerca de lesiones de derechos fundamentales alegadas: codificado, primero, en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, y después a nivel federal en el *Acta de reformas constitucionales* de 1847.

La influencia de las garantías procesales del derecho inglés suscitaron intereses también más allá de los límites de los Estados Unidos de México. Basta considerar, por un lado, que ya durante los trabajos preparatorios de las Cortes de Cádiz, en la sesión de 1810, fue instituida, a propuesta de uno de los representantes de la Capitanía General de Guatemala, una comisión con la tarea de redactar un proyecto de ley que recalcase el *habeas corpus* tal y como era conocido en Inglaterra y, por otro lado, que ante el problema de identificar un procedimiento capaz de hacer efectivas las primeras Declaraciones de derechos, instituciones asimilables al *habeas corpus* inglés fueron introducidas por primera vez en Brasil por el código penal de 1830 (arts. 138 y 184) y, por tanto, en las Constituciones de Costa Rica (1847), El Salvador (1872) y Guatemala (1879)¹⁸.

En efecto la institución del *habeas corpus* poseía muchas características funcionales a los objetivos y a las exigencias de los constitucionalistas mexicanos. Suscitaba interés su capacidad de modificar progresivamente su naturaleza: concebida inicialmente como una prerrogativa regia gracias a la cual la Corona podía reivindicar el ejercicio de la función jurisdiccional y ejercer un control sobre las cortes locales ha asumido sucesivamente una

¹⁷Acerca de la influencia de los principios del constitucionalismo liberal en la fase de la independencia en América Latina, véase H. FIX-ZAMUDIO, *Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina*, en Id., *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México 1988, pp. 131 ss.; A. BREWER CARIBAS, *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*, Caracas 1990, p. 54.

¹⁸Véase A. COLOMER VIADEL, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid 1990.

función de garantía contra los arrestos arbitrarios. En tiempos más recientes, ha ampliado su ámbito de tutela que, desde el campo penal, se ha extendido – con la *Habeas corpus Act* de 1816 – a todos los casos en los que un individuo ha sido limitado en su libertad¹⁹.

Además, se apreciaba la funcionalidad de un instrumento procesal que preveía tanto un recurso (*writ*) ante la autoridad judicial por parte de cualquier individuo que considerase que se había lesionado alguno de sus derechos constitucionales, como la obligación por parte del juez de decidir sobre la base de un “proceso justo”.

La mezcla entre tradiciones del pasado, influencias externas y elementos peculiares del pensamiento político propio del periodo de la independencia dieron al proceso de codificación del recurso de amparo un carácter totalmente original, desde el momento en que las soluciones adoptadas terminaron por diferenciar notablemente tal institución respecto de las experiencias europea y americana coetáneas. La evolución – como todas las navegaciones en alta mar – no fue fácil en absoluto, ni lineal, sino que más bien fue el resultado de un recorrido lento, problemático y segmentado por etapas²⁰.

La etapa inicial puede ser identificada en el *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana* de 1814, que, después de haber codificado un catálogo de derechos y de garantías individuales, reconocía en el art. 127 el derecho de todo ciudadano a presentar en las Cortes reclamaciones en caso de violación de la Constitución. Se trataba, evidentemente, de un reconocimiento de principio, que no se separaba de la tradición española de la petición a la autoridad.

Una paso adelante fue cumplido con la aprobación de la Constitución federal de 1824, la cual, afrontando el tema de la defensa de la Constitución, optó por un sistema “mixto”: que atribuía, por un lado, al Congreso la tarea de resolver las dudas acerca de la interpretación de la Constitución (art. 164) y reconocía, por otro lado, la competencia de la Corte Suprema en relación con las violaciones de la Constitución y de las leyes generales (art. 137).

Tal solución es ingeniosa e interesante en cuanto pone al lado de la tradición jurídica española una apertura a las teorías norteamericanas en materia de la función de los jueces en cuanto garantes del respeto de la Constitución: tal influencia, sin embargo, tuvo una vida temporalmente circunscrita, desde el momento en que apenas dos años más tarde el Congreso, considerando que no era oportuno atribuir a la Corte Suprema una competencia en esta materia, sustrajo el control de constitucionalidad a la órbita del poder judicial, optando de nuevo por una solución coherente con la tradición española y francesa. Tal

¹⁹ Sobre el carácter histórico del *habeas corpus* y su evolución: W. F. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Westport 1982; R. J. SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford 1989.

²⁰ Véase H. FIX-ZAMUDIO, *Evolución y perspectivas de derecho de amparo mexicano y su protección supranacional*, en *Revista jurídica de Macau*, 1999, pp. 12 ss.

convencimiento fue, poco después, reforzado por la Ley constitucional de 1836 que atribuía la tarea de declarar la nulidad de una ley o de un decreto por violación de la Constitución a un órgano de nominación política, el Supremo Poder Conservador.

Sin embargo, los resultados negativos de tal experiencia indujeron al legislador mexicano repensar las modalidades con las que garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos: como atestigua, en ámbito estatal, la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y, a nivel federal, la propuesta de revisión constitucional presentada por la minoría de la Comisión constituyente, favorable a la atribución a la Corte Suprema de competencias en materia de derechos violados por el Parlamento y el ejecutivo.

Iniciaba de esta manera a tomar forma y sustancia el “prototipo” del recurso de amparo²¹.

La doctrina concuerda en la atribución de un rol determinante en la evolución de tal institución al voto particular presentado por el diputado Mariano Otero durante el debate constituyente que llevó a la aprobación del *Acta de reformas constitucionales* de 1847²². Este jurista- moviéndose del reconocimiento de la posición de supremacía de la Constitución respecto a las otras fuentes del derecho y de la consiguiente grave responsabilidad jurídica en la que incurren todos aquellos que lesionan los derechos constitucionales- diferenciaba el procedimiento según cuál fuese la fuente que producía la lesión.

Si la lesión constitucional era obra de la ley, el poder de anulación tendría que haber sido reconocido al legislador federal frente a las leyes estatales y a la determinación de la mayoría de los parlamentos estatales en el caso de ley federal. Si, en cambio, los derechos eran conculcados por un acto reglamentario o administrativo la propuesta de Otero preveía un procedimiento articulado: la Cámara de los diputados actuaba en calidad de Gran Jurado y declaraba, con mayoría simple, si debía dar lugar a un proceso en relación con el acusado; si el delito era ordinario la competencia debía ser de la Corte Suprema; si, en cambio, el delito era *ex officio* la eventual culpabilidad debía ser decidida por el Senado con mayoría de

²¹Para unas consideraciones más amplias acerca de la formación histórica del recurso de amparo en México: J. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Notas sobre el origen del amparo-casación en México*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1992, pp.529 ss.; H. FIX-ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México 2003, pp.425 ss.; Id., *El derecho de amparo en México y España*, en *Revista de estudios políticos*, 1979, pp.228 ss.; E. RABASA, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Madrid 1997; I. BURGOA, *El juicio de amparo*, México 1983; J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ; J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Apuntes para la historia del Juicio de amparo*, México 2002; R.BAKER, *Judicial review in Mexico : a study of the amparo*, Austin,1971.

²²J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Primera ley de amparo de 1861*, México 1990; IDEM, *Documentos para la historia del recurso de amparo*, México, 2016; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El voto particular de Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo in México*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, pp. 579 ss; J.BARRAGAN BARRAGAN, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo*, México, 2016; J.R.JIMENNEZ GOMEZ, *El primer amparo en Querétaro: la demanda de José García,1849*, Querétaro, 2011.

3/5 de los componentes, mientras que a su Corte Suprema competía sólo la tarea de fijar la entidad de la pena.

Tal propuesta – ni que sea en su complejidad tal vez excesiva – presentaba elementos innovadores. Ante todo, distinguía entre control de constitucionalidad de las leyes – confiado, según la tradición, a un órgano político – y tutela de los derechos sobre la base de un recurso directo; además, en este último caso, diferenciaba el procedimiento según cuál fuera la naturaleza del delito – ante la autoridad jurisdiccional o política. Hay que señalar, sin embargo, (a modo de confirmación de la peculiaridad de la cultura constitucional de América Latina) que también esta propuesta se diferenciaba de la experiencia anglosajona y norteamericana, desde el momento en que el procedimiento debía iniciarse en cualquier caso ante un órgano político – la Cámara de los diputados que actuaba en calidad de Gran Jurado.

La sustancia de las propuestas contenidas en el voto de Otero ha encontrado un reconocimiento normativo en el *Acta de reformas constitucionales* de 1847, aunque fue sucesivamente modificada por la Constitución federal de 1857 en el importante punto del procedimiento de anulación de las leyes federales contrarias a la Constitución.

Este último documento constitucional delinea la estructura del juicio de amparo mexicano, que se forma distinguiendo la tutela de los derechos de los procedimientos para sancionar la responsabilidad política de las altas cargas del Estado. En lo que concierne a estos últimos, el art. 103 de la Constitución afirmaba la responsabilidad de los diputados, de los componentes de la Corte Suprema, del Presidente de la República y de los gobernadores de los Estados; identificaba al Congreso como el órgano competente para decidir, con mayoría absoluta, el procedimiento para el acusado; reconocía la competencia de la Corte Suprema en el caso de los delitos comunes, mientras que para los delitos *ex officio* el Congreso actuaba como “jurado de acusación” y la Corte Suprema en calidad de “jurado de sentencia”.

Sucesivamente, el art. 101 de la Constitución atribuía a los jueces de la Federación la competencia para decidir sobre las violaciones de las garantías individuales, asignando a una ley sucesiva la reglamentación del procedimiento y de los modos en los que el sujeto que se reputa como lesionado respecto de uno de sus derechos individuales puede presentar recurso; el art. 102 de la Constitución, en cambio, precisaba que las sentencias de los jueces tienen efecto *inter partes* “sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La ley a la que se hace referencia en el art. 101 de la Constitución de 1857 será aprobada en 1861 (conocida como la Primera ley de amparo) y contribuirá a precisar mejor las características de tal institución procesal. Ante todo, reforzaba el carácter individual del recurso, que competía a todos los habitantes de la República (no sólo a los ciudadanos) y precisaba su naturaleza subjetiva, desde el momento en que podía ser presentado sólo por

aquellos que veían lesionados alguno de sus derechos por actos de los poderes públicos (federales y estatales).

Por tanto, daba solución a una problemática bastante controvertida, admitiendo la posibilidad de recurrir también contra las decisiones de la autoridad judicial: un tema que siempre había dividido el debate doctrinal y político y que ni siquiera la codificación hecha en la primera ley de amparo consiguió atenuar. Basta considerar que, por un lado, el Congreso tuvo que intervenir aprobando una nueva ley (1868) que limitaba los recursos sólo a las sentencias definitivas y ejecutivas, mientras que, por otro lado, el Código de Procedimiento Federales de 1897 precisó que no toda aplicación inexacta de la ley legitimaba un recurso de *amparo*, sino sólo una “inexactitud manifiesta e indudable”.

El contexto cultural e institucional que favoreció en Europa la formación de instituciones procesales pensadas para la aseguración de una tutela de las lesiones de derechos fundamentales fue bastante diferente y estaba influido en buena medida por una concepción diferente del control de constitucionalidad. Si, tal y como hemos visto precedentemente, el debate acerca del carácter del juicio de amparo mexicano se desarrolló en el seno de la alternativa entre peticiones a la autoridad o *judicial review*, en el caso europeo nos movemos dentro de una perspectiva constitucional, confiando tal competencia a un juez *ad hoc* como lo es el Tribunal constitucional.

El prototipo de la *Verfassungsbeschwerde* es reconducible a la historia constitucional de Suiza y del Estado de Baviera²³.

En la Confederación suiza, la Constitución federal de 1848 preveía en el art. 105 la posibilidad de recurrir al Tribunal federal en los casos de violación de los derechos constitucionales: sin embargo, el recurso no era directo, sino que seguía un procedimiento mediato, desde el momento en que debía ser presentado ante la Asamblea federal que, con decisión discrecional, podía otorgar la tarea del juicio al Tribunal federal. Tal control preliminar de naturaleza política representaba un límite a la eficacia de la institución, como evidencia la circunstancia de que entre 1848 y 1874 al Tribunal le fue otorgada la tarea de enjuiciar por parte de la Asamblea una sola vez.

Esto indujo al legislador a reconsiderar la naturaleza del recurso – confiándolo enteramente a una autoridad jurisdiccional – y su regulación, depurándola, por otro lado, del “filtro” ejercido por la Asamblea federal. De hecho, el art. 114 de la Constitución federal de 1874 atribuyó al Tribunal federal la competencia para juzgar sobre los recursos por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos sin conservar la coletilla “cuando las relativas acusaciones sean remitidas a aquél por parte de el Asamblea federal”.

²³Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955; J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino 1990.

Además, la posibilidad de recurrir fue ampliada tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo: en el primer caso, fue admitido en relación con actos (legislativos, administrativos, jurisdiccionales) emanados tanto por las autoridades cantonales como federales; mientras que subjetivamente, podía ser presentado también por los extranjeros. Además, los recursos contra las leyes – admisibles por vicios de procedimiento o por la ausencia de respeto de un resultado de un referéndum popular – podían ser presentados por cualquier elector, en cuanto se consideraba violado su derecho constitucional a la participación en la función legislativa.

También algunos Estados alemanes preveían mecanismos institucionales pensados para asegurar el respeto de la Constitución, con referencia particular a los derechos allí garantizados. Por ejemplo, la Constitución de 1819 de *Württemberg* preveía un procedimiento doble: por un lado, recursos ante una Alta corte de justicia para decidir acerca de actos lesivos de la Constitución por parte de los ministros, de los jefes de departamento o de los componentes de la asamblea legislativa; por otro lado, reclamaciones en caso de justicia denegada para ser presentados ante el Tribunal supremo del *Land* y por éste a la Asamblea²⁴.

A su vez, el ordenamiento constitucional de Baviera consentía desde 1818 que cualquier ciudadano recurriese ante una de las Cámaras de la Dieta contra actos de las públicas autoridades considerados lesivos de los derechos garantizados por la Constitución. El procedimiento estaba regulado inicialmente de modo particularmente complejo: si la Cámara inicial consideraba, por mayoría, que el recurso estaba fundado, tocaba a la otra Cámara deliberar. Si ésta confirmaba la deliberación de la primera, el recurso era presentado al Rey, que tenía ante sí una alternativa: o sostenerlo fundado y poner reparos a la lesión del derecho, o – en caso de duda – pedir al Consejo de Estado que decida en relación con la cuestión. El procedimiento, por tanto, se desarrolla principalmente ante órganos políticos y sólo en la fase final (y eventual) quedaba involucrado un órgano jurisdiccional.

La regulación de estas primeras experiencias destacaba por una doble característica: por un lado, se introducía una diferenciación de procedimiento que constituía un preludeo de la futura distinción entre recursos abstractos y concretos; por otro lado, todavía no se había conseguido la plena emancipación de la tradición de la defensa política de la Constitución, de manera que los recursos – aunque fueran decididos en vía definitiva por un órgano judicial – eran mediados a través del filtro selectivo del órgano parlamentario.

Tuvo que esperarse un siglo para que tal institución se modificara cualitativamente: fue la Constitución del Estado libre de Baviera de 1919 la que atribuyó al *Staatsgerichtshof* tanto la competencia sobre las controversias de naturaleza constitucional, como la de los recursos constitucionales promovidos por los ciudadanos contra comportamientos de los poderes públicos lesivos de alguno de sus derechos subjetivos. En este caso, la titularidad

²⁴Cfr. J.LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, cit., pp. 79 ss.

del recurso correspondía no sólo a los ciudadanos de los *Länder*, sino a todos los alemanes y a las personas jurídicas (tanto privadas como públicas) que tenían sede en Baviera. Las decisiones del Tribunal tenían naturaleza declarativa y hacían surgir, a cargo del ministerio competente, una obligación de sanar la lesión del derecho.

En el mismo periodo, se forma en Austria en 1920 la primera experiencia de recurso constitucional para la tutela de los derechos. Tal experiencia hundía sus raíces en la historia nacional, en particular en la institución de 1867 del Tribunal del Imperio, competente para decidir – en base a un recurso individual – sobre la legitimidad de actos administrativos lesivos de derechos políticos y de “derechos generales” garantizados por la Constitución, y atribuía al Tribunal constitucional la competencia en materia de recursos para la tutela de los derechos constitucionales²⁵

En una investigación acerca de los precedentes históricos de la institución europea de la *Verfassungsbeschwerde* no hay que olvidar tampoco la experiencia de la Constitución de la Segunda República española, en la que los recursos para la tutela de los derechos fundamentales fueron reservados a la competencia del Tribunal de garantías constitucionales, introduciendo un verdadero procedimiento de amparo constitucional.

La regulación prevista por los constituyentes republicanos se hacía eco tanto de la coetánea experiencia austriaca, como de la Constitución federal mexicana de 1917, conocida gracias a la doctrina del jurista mexicano Rodolfo Reyes, que residía en España por motivos políticos²⁶.

Se trata, según nuestra opinión, de un interesante caso de circulación jurídica y de hibridación, que proporcionó a los constituyentes indicaciones preciosas para dar una solución a una exigencia política concreta y apremiante: reaccionar, por un lado, a las graves violaciones de los derechos que se registraron durante la dictadura del general Primo de Rivera; asegurar, por otro lado, una tutela sustancial de los nuevos derechos sociales y políticos enumerados en el Título III de la Constitución, que se inspiraban en la Constitución de Weimar y significaban una apertura en relación con el principio de solidaridad social y de la igualdad entre sexos.

En consecuencia, junto a los instrumentos de garantía general, se pueden identificar instituciones procesales específicas como, por ejemplo, los recursos contra la ilegalidad de los actos de la administración pública (art. 101 de la Constitución), los recursos de urgencia ante un tribunal para la tutela de los derechos individuales (art. 105 de la Constitución) y el

²⁵Véase N. LÖSING, *El derecho de amparo en Austria*, en FIX-ZAMUDIO, FERRER MACGREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 761 ss.

²⁶J. OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Palma de Mallorca 1991, pp. 233 ss.

recurso de amparo constitucional ante el Tribunal de garantías constitucionales (art. 121 de la Constitución)²⁷.

Según los constituyentes el recurso *ex art.121 Const.* tenía como objeto los derechos civiles (no los políticos y sociales) y hacía referencia a los actos de los poderes públicos (incluido el poder jurisdiccional), pero no de los privados. Es interesante subrayar que tales soluciones fueron acogidas en el ordenamiento constitucional español de 1982, tanto en lo que respecta a la exclusión de los actos de los privados, cuanto en relación con a la elección de no hacer recurribles todos los derechos constitucionales.

La Constitución republicana, además, exigía que el recurso de *amparo* fuese presentado directamente a los Tribunales de urgencia, mientras que el *Tribunal de garantías constitucionales* podía intervenir en función subsidiaria “cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades”. Sin embargo, tal previsión no se pudo realizar a causa de las vicisitudes políticas de la Segunda República, de manera que el Tribunal Constitucional, como consecuencia de la ausencia de activación de los otros tribunales, funcionó como juez de única instancia para el *amparo* de los derechos fundamentales.

3. La circulación y hibridación del modelo mexicano en América latina.

La experiencia de los recursos de amparo en América latina se permite implementar algunos conceptos teóricos de la doctrina de derecho comparado: en particular las nociones de “prototipo”, de “circulación” y de “híbrido”.

La doctrina de acuerdo reconoce que el amparo mexicano constituye el primero orgánico ejemplo de recurso judicial a tutela de los derechos fundamentales y su eficacia ha influido positivamente en toda América latina. También tal instituto procesal puede incluirse entre los casos más evidentes de circulación jurídica: tienen, por ejemplo, recursos ordinarios de amparo en Chile, cuya Constitución regula el recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones, o en Argentina, donde la reforma constitucional de 1994 introdujo varios recursos para la tutela de los derechos fundamentales (habeas corpus, habeas data, amparo). Igualmente, recursos ordinarios se encuentran en los ordenamientos constitucionales de Panamá, de Perú, de El Salvador, de Colombia, de Ecuador e de Brasil. Mientras en Europa, es evidente la influencia que el amparo americano ha ejercido sobre la Constitución española de 1978.

Según el parecer de uno de los principales estudiosos del fenómeno, la presencia en los ordenamientos constitucionales de recursos ante la autoridad jurisdiccional contra las

²⁷ R. RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, Barcelona 1982.

lesiones de los derechos fundamentales constituye un fenómeno globalizado²⁸: en el sentido de que se está en presencia de instituciones procesales que se caracterizan no sólo por el refinamiento de las técnicas procesales y de los instrumentos de protección, sino también por una amplia circulación jurídica, que ha incluido ordenamientos culturalmente lejos del “prototipo” de referencia.

La circulación, todavía, no produce clones; un modelo – circulando – se cambia según la tradición jurídica de l’ ordenamiento que lo acepta. Los diferentes procesos de formación histórica de cada de una de las experiencias generan , por lo tanto, una institución con muchas caras, o dicho de manera más precisa a una verdadera “federación de instrumentos procesales” que pretenden perseguir el mismo objetivo. En otras palabras, los numerosos instrumentos procesales que se proponen ofrecer una tutela procesal a los derechos constitucionales pueden ser paragonados a un bosque constituido por numerosos árboles, pretendiendo, con tal expresión, subrayar cómo las respuestas institucionales ofrecidas en el tiempo y en el espacio para satisfacer la misma finalidad resultan bastante variadas y difícilmente reconducibles a una síntesis unitaria²⁹.

La diferenciación puede involucrar diferentes perfiles del amparo. Por ejemplo, los recursos para la tutela directa de los derechos fundamentales pueden ser diferenciados con base a su objeto. En este caso, se distingue entre ordenamientos que admiten el recurso en relación con todos los poderes públicos (Chile, México, Panamá, Ecuador, Bolivia, El Salvador) y otros que introducen exclusiones – como, por ejemplo, en relación con las decisiones de los jueces (Colombia) – o bien prevén una extensión, permitiendo recurrir sobre actos de los privados (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Colombia).

En referencia al *nomen juris*, se asiste a una pluralidad de soluciones terminológicas por la cual – con referencia, por ejemplo, a la tutela de la libertad personal - se habla alternativamente de recurso de exhibición personal (Honduras, El Salvador, Guatemala), de mandado de segurança (Brasil), de amparo a la libertad (Venezuela, México) o de recurso de amparo (Chile).

Otro elemento relevante de diferenciación está representado por la identificación del derecho tutelado. Con referencia a l’*habeas corpus*, existen soluciones más restrictivas y las más evolucionadas: las varias opciones ofertas da los diferentes ordenamientos se sitúan en el seno de una gamma de posibilidades que puede ser descrita recurriendo a la imagen de los círculos concéntricos provocados por una piedra en un superficie de agua. En el seno del círculo de diámetro menor se sitúan aquellos sistemas que limitan el recurso de *habeas corpus* a los casos de arresto o detención ilegal, o bien cuando la privación de la libertad se

²⁸Así E. FERRER MAC-GREGOR, *Breves notas sobre el amparo iberoamericano*, en H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México 2006, p. 12.

²⁹Así N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México 1974, pp. 647 ss.

alarga ilegalmente (Colombia, Chile, El Salvador). Pertenecen a una posición intermedia los ordenamientos que extienden el recurso a otros derechos estrechamente conectados a la libertad corporal: es el caso, por ejemplo, de la libertad de circulación (Argentina, Uruguay), de la prohibición de tortura, agresiones, actos de violencia física y psicológica, penas crueles o excesivamente aflictivas. Hasta los ordenamientos que incluyen una tutela más amplia, extendida a los derechos procesales reconducibles a la noción de proceso justo (Perú, México).

En consecuencia, el recurso de *amparo* adquiere nuevos “objetos” que tutelar, mientras que algunos ordenamientos ajustan nuevas instituciones procesales. De hecho, la particular técnica de codificación de los derechos adoptada en algunos ordenamientos ha favorecido la tutela de varios intereses colectivos, identificándolos – por ejemplo – en el derecho al medio ambiente, a la calidad de los productos, a la explotación autónoma de los recursos, al patrimonio artístico y cultural, a la seguridad pública, a la tutela de los consumidores, a la moral administrativa y a las tradiciones propias de los grupos minoritarios.

En América Latina son presentes muchos procedimientos a tutela de interés de grupo. A título de ejemplo, puede recordarse que la Constitución de Chile prevé un recurso para la tutela del derecho para vivir en un medio ambiente salubre; mientras que la Constitución de Paraguay reconoce el derecho de toda persona a reclamar, individual o colectivamente, por la defensa del de los bienes culturales, de los derechos de los consumidores y otros en relación con la calidad de vida. Además, la Constitución de Brasil prevé acciones populares para la tutela de intereses de grupo en materia ambiental, urbanística, relativa al patrimonio artístico y cultural.

A su vez, la Constitución de Venezuela reconoce derechos de naturaleza colectiva que pueden ser objeto de una acción de amparo constitucional: en este caso la legitimación corresponde, bajo la forma de acción popular, a cualquier ciudadano o a asociaciones de tutela de intereses colectivos, mientras que en Argentina, el art 43 de la Constitución admite un recurso para la protección de los derechos ambientales, del consumidor, de los usuarios y para otros derechos de incidencia general. Por último, en Colombia, la Constitución reserva un título (arts. 78-82) a los derechos colectivos y del ambiente exigiendo a la ley la regulación de las acciones populares para su tutela.

La tercera categoría del derecho comparado – después de la noción de modelo y de circulación – es el de hibridación³⁰. La evolución histórica del amparo ha favorecido, a través del amparo constitucional, la hibridación entre distintos modelos de justicia constitucionales.

³⁰ G.ROLLA, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp.3979 ss.

En el pasado, los sistemas de justicia constitucional han sido ordenados sobre la base de esquemas clasificatorios de naturaleza predominantemente dual (difusos, concentrados; concretos, abstractos; preventivos, sucesivos) y las clasificaciones contrapuestas, a su vez, podían reconducirse a dos modelos fundamentales: aquel de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y aquel (de inspiración) austríaca (*Verfassungerichtbarkeit*).

Tal contraposición – como ha sido sobradamente explicitado por la doctrina- se basaba en el hecho de que, en el primero, tan sólo el juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma con rango de ley, mientras que, en el segundo, cualquier juez puede decidir si una determinada norma debe ser inaplicada en tanto se considera contraria al texto de la Constitución. Más concretamente, la *judicial review* se caracteriza por ser un enjuiciamiento difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; por su parte la *Verfassungerichtbarkeit*, asume el carácter de un control de constitucionalidad concentrado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*.

La circulación jurídica, todavía, generó diversas formas de “contaminación”. Al respecto la distinción fundamental y alternativa entre control concreto y abstracto de constitucionalidad no parece - hoy día – capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países. Somos testigos tanto de formas de justicia constitucional “mixta” - por la presencia al mismo tiempo de institutos propios del control concreto como del abstracto - como de híbridos en la que coexiste una verdadera “mezcla” de modelos. Es el caso, por ejemplo, de las codificaciones que reconocen a los Tribunales constitucionales la competencia tanto de un control abstracto de constitucionalidad de las normas, o sea de amparar los derechos constitucionales.

En otras palabras, la afirmación del amparo constitucional excede la histórica distinción entre la jurisdicción constitucional abstracta, de matriz kelseniana y la “jurisdicción constitucional de la libertad”.³¹ Control de constitucionalidad y recursos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales son funciones diferentes pero ejercidas por el mismo órgano – el Tribunal constitucional-.

A juicio de la doctrina, el prototipo en el continente americano de este fenómeno de hibridación se observa en la breve experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, probablemente inspirado en el *Tribunal de Garantías Constitucionales* de la Constitución de la Segunda República española. Dicho órgano fue previsto por la Constitución cubana de 1940 y se activó tras la aprobación de la ley orgánica de 1949 y su existencia – aunque limitada en términos temporales y por la incertidumbre generada desde el punto de vista de su eficacia y operatividad- ha ejercido, sin embargo, una cierta influencia en el constitucionalismo de América latina, construyendo una especie de puente entre el sistema norteamericano de *judicial review* y el europeo.

³¹ M.CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1951.

Este órgano se configuraba como una *Sala* del Tribunal Supremo de Justicia con funciones especializadas en materia constitucional, y acumulaba al mismo tiempo tanto la competencia abstracta – es decir, el control de constitucionalidad de las normas que podía ser activado a través del recurso directo, o en virtud de una cuestión de legitimidad propuesta por un juez-, como la concreta – cómo los recursos de amparo para la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados y de apelación contra los procesos de *habeas corpus*.

El amparo constitucional es necesariamente un recurso de naturaleza general y tiene el valor de reducir el riesgo de fraccionar en procedimientos distintos - no siempre fácilmente susceptibles de ser coordinados- la tutela de los diferentes derechos. A pesar de que la afirmación del amparo constitucional no excluye su coexistencia con otros recursos sectoriales: que se realiza en formas diferentes.

En algunos casos el amparo constitucional se caracteriza como instrumento procesal general, mientras algunos recursos son especializados en la tutela de ciertos derechos o perfiles específicos de un derecho. Se puede mencionar, a título de ejemplo, la situación de El Salvador, cuya Constitución de 1886 ha introducido el *amparo* como instrumento procesal general, mientras que la Constitución de 1962 prevé en el art. 11 también la institución del *habeas corpus*, que puede ser exigido contra cualquier autoridad o sujeto que restrinja ilegalmente la libertad de un individuo.^[1] Igualmente, en México, el *juicio de amparo* pierde progresivamente su capacidad de ser un instrumento general para la defensa de los derechos y se “fracciona” en un abanico de procedimientos distintos. Como bien pone de manifiesto la doctrina que suele distinguir entre amparo libertad, amparo casación, amparo agrario, amparo administrativo y reclamo de inconstitucionalidad³².

También en Perú, la situación resulta particularmente intrincada desde el momento en el que el legislador ha diferenciado entre un procedimiento de derecho penal para la tutela de la libertad persona y una de derecho civil para la tutela de los otros derechos fundamentales; mientras que la revisión constitucional de 1993 ha dilatado la segmentación de los instrumentos procesales incluyendo también el *habeas corpus* y la *acción de cumplimiento* (frente a las omisiones por parte de los poderes públicos).^[1]

En diferentes ordenamientos el Tribunal constitucional es responsable a decidir acerca de las eventuales lesiones de derechos fundamentales como jurisdicción de revisión. En Bolivia, los jueces competentes en primera instancia son las Cortes Superiores de Distrito en las capitales de distrito y el Juez de Partido en las provincias, mientras que el

³²Véase H. FIX-ZAMUDIO, E.FERRER MAC-GREGOR, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 467 ss. Véase también: J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Evolución de la ley de amparo*, México 2016; H.FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2016; V.ALMAZA, R.DELFINO, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, 2015; A.J.CACHO, *Nuevo manual del juicio de amparo*, México, 2014.

Tribunal constitucional puede ejercer el poder de revisión de oficio de los recursos de amparo y de *habeas corpus*³³.

Igualmente, en Colombia el Tribunal constitucional tiene un poder autónomo y eventual de revisión de las sentencias emanadas en apelación y de las de primer grado que no han sido impugnadas: desde el punto de vista procedimental, tal mecanismo opera en la medida en que todas las decisiones en materia de derechos fundamentales deben ser transmitidas al Tribunal constitucional, que puede seleccionar con discrecionalidad las que considera de mayor relevancia y pronunciarse sobre su legitimidad antes de tres meses desde la transmisión de los actos. Las orientaciones del juez constitucional y la interpretación que éste proporciona de las disposiciones en materia de derechos fundamentales sirven, además, como precedente y orientan la actividad interpretativa de los jueces ordinarios.³⁴

En una posición intermedia se sitúa la regulación prevista por el ordenamiento de El Salvador, según la cual la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene una competencia exclusiva en materia de recursos de *amparo*, mientras que ejerce un poder de revisión contra las decisiones en materia de *habeas corpus* y de *exhibición personal* pronunciadas por los Tribunales de segunda instancia. Con el fin de evitar posibles interferencias con la jurisdicción ordinaria – también en consideración del hecho de que el sistema es mixto en cuanto prevé tanto un control centralizado como un difuso de constitucionalidad – la normativa excluye que los recursos de amparo puedan ser presentados contra sentencias definitivas en materia penal o por cuestiones de mera legalidad. Igualmente, la Constitución de Guatemala dispone que el recurso sea presentado directamente a la Corte constitucional en el caso de actos de los órganos constitucionales; mientras que en los otros casos opera como juez de segundo grado³⁵.

Por último, el sistema peruano merece una atención particular por su originalidad, en cuanto el control de legitimidad constitucional está repartido entre los jueces ordinarios – que tienen una competencia exclusiva en relación con la acción popular – y el Tribunal constitucional, que posee una jurisdicción exclusiva en caso de acción de inconstitucionalidad y de conflicto entre los poderes³⁶. En cambio, en el caso de procedimientos de *habeas corpus*, de amparo, *habeas data* o de *acción de cumplimiento* la competencia está repartida entre los jueces (que deciden en primer grado) y el Tribunal

³³ Véase J. A. RIVERA SANTIVAÑA EZ, *El amparo constitucional en Bolivia*, en H.FIX- ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 81ss; L.ARIAS, *La acción de amparo constitucional en el “estado de transición constitucional” boliviano*, en E.F.MAC GREGOR, C.M.VILLABELLA ARMENGOL, *El amparo en Latinoamérica*, Puebla, 2012, pp.107ss

³⁴ I.ESCOBAR FORNOS, *El amparo*, Colombia, 1990; A.BREWER CARIAS, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela en Colombia: una aproximación comparativa*, en *La Carta de derechos*, Bogotá, 1993.

³⁵ Cfr. J. GARCÍA LAGUARDIA, *La Corte de constitucionalidad de Guatemala*, México 1994; Id., *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala: habeas corpus y amparo*, en H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 381 ss.; M. PINTO ACEVEDO, *Jurisprudencia Constitucional*, Guatemala 1995.

³⁶ Véase AA.VV., *El derecho procesal constitucional peruano*, Lima 2005.

constitucional (que decide en apelación contra las decisiones de rechazo de los recursos de amparo)³⁷.

Sin embargo, el Código de derecho procesal constitucional ha modificado la naturaleza y la regulación de los recursos directos para la tutela de los derechos fundamentales, introduciendo un mecanismo que la doctrina ha calificado como *amparo residual*³⁸, en el sentido de que el acceso al Tribunal constitucional no es posible en todo caso, sino sólo cuando no se puedan recorrer otras “vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias”. La *ratio* de la nueva regulación procesal – totalmente asimilable a la reforma del recurso de *amparo* constitucional que tuvo lugar en España – es identificable en la intención de hacer más funcional la repartición de las competencias entre las jurisdicciones, aunque no se pueden ignorar los riesgos de una posible reducción de las garantías sustanciales de la persona.³⁹

Finalmente, algunos ordenamientos diferencian sobre la base del poder que ha emanado el acto lesivo de un derecho fundamental: en Guatemala el Tribunal constitucional juzga en vía exclusiva sobre los recursos contra las resoluciones del Parlamento, de la Corte Suprema, del Presidente y vicepresidente de la República; mientras los recursos contra los actos de los otros poderes públicos son presentados ante la jurisdicción ordinaria y el juez constitucional interviene en apelación con poder de revisión.

Contrastes a las experiencias mencionadas la disciplina costarricense, donde funciona un sistema centralizado: el art. 48 de la Constitución reconoce a toda persona el derecho a presentar los recursos de *habeas corpus* y de amparo ante la Sala constitucional alegando la lesión tanto de los derechos constitucionales, como de aquellos reconocidos por los acuerdos internacionales en materia de derechos de la persona⁴⁰. Quedan excluidos del recurso sólo los actos jurisdiccionales del poder judicial, las determinaciones en materia de resultados electorales del Tribunal supremo de elecciones, los actos administrativos que cumplen el rol de decisiones jurisdiccionales y las acciones o omisiones que hayan sido consentidas legítimamente por el interesado. Además, para evitar recursos temerarios, el juez constitucional puede condenar al recurrente al pago de una multa en caso de decisión desfavorable⁴¹.

³⁷Cfr. E. BLUME FORTINI, *El control de la constitucionalidad*, Lima 1996; A. BOREA ODRI□ A, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima 1996; D. GARCIA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá 2001; E. ESPINOSA-SALDANA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima 2005.

³⁸ Así F. J. EGUIGUREN PRAELI, *La opción per un amparo “estricto” y “residual” en el Perú*, en *Estudios constitucionales*, 2006, pp. 67 ss.

³⁹Véase E.ESPINOSA-SALDANA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, LIMA, 2005.

⁴⁰Además, la Sala constitucional, con el voto 1329-97, ha precisado que en caso de contraste entre la normativa constitucional y la internacional se debe preferir la tutela más amplia y favorable.

⁴¹Para consideraciones más amplias sobre la justicia constitucional en Costa Rica, véase J. MIGUEL VILLALOBOS, *El recurso de amparo en Costa Rica*, en *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*, Talca 2000, pp. 215 ss.; R. HERNANDEZ VALLE, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en D.GARCIA BELAUNDE, F.FERNANDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 502 ss.; Id.,

4. Algunas consideraciones finales sobre el papel de los jueces en la tutela de los derechos fundamentales

Es indiscutible la positividad de la experiencia del juicio de amparo mexicano y la su propagación en todo el continente latinoamericano. Las causas de esto resultado son múltiples, entre estos el hecho de que el instituto del amparo ha sido capaz de conocer algunos requisitos básicos del constitucionalismo contemporáneo.

Uno de estos es la conciencia que la garantía es parte integral del reconocimiento de los derechos. Una característica de las codificaciones constitucionales recientes puede ser identificada en la mayor atención hacia los instrumentos de garantía, con el fin de evitar que los derechos se reduzcan a ser “una declaración romántica” carente de efectividad ⁴².

Un elemento novedoso del neo-constitucionalismo de América latina se refiere a la estrecha integración existente entre la democracia y los derechos: diversas Constituciones – en el preámbulo o en disposiciones especiales- configuran el Estado democrático como la única forma de organización político-institucional capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona, y consideran el respeto de los derechos de la persona como un límite al ejercicio de la soberanía⁴³.

También, desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. Es una tendencia típica de las Constituciones que se han formado sobre la base de una ruptura político-institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios: la conexión entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la especificación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, induce a las cartas constitucionales a subrayar aquellos

Las Libertades Públicas en Costa Rica, San José 1990; R. PIZA ESCALANTE, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, en *Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España*, Lisboa 1995.

⁴² G.ROLLA, *La garantía de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo*, en G.ETO CRUZ (coord.) *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional*, Lima, 2012, pp. 273 ss.

⁴³ Así, las Constituciones de Venezuela, Brasil, El Salvador y Guatemala. A su vez, el art. 5.2 de la Constitución de Chile considera que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Mientras, el art. 1 de la Constitución de Perú y el art. 59 de la Constitución hondureña afirman solemnemente que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes han conculcado más repetidamente.⁴⁴

Pero, debe precisarse que una amplia y analítica positivización no es de por sí índice de una efectiva y sustancial tutela de los derechos, su inserción en el texto de las Constituciones – por cuanto necesario e importante- no permite determinar con inmediatez su nivel de efectividad. De hecho, difícilmente se puede refutar que los estándares más elevados de tutela se han conseguido –hasta ahora- en los sistemas en los que la positivización de los derechos de la persona se ha acompañado de los institutos y de los principios del constitucionalismo; cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de poderes. Viceversa, la ausencia de remedios procesales eficaces o la previsión de órganos de tutela no adecuadamente profesionalizados ni dotados de un *status* de autonomía respecto del poder político, representan una de las principales causas que impiden una tutela amplia de los derechos de la persona.

También, la positivización es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de una convicción más que de una prescripción meramente formal: los derechos deben ser no sólo codificados, sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En otras palabras, las modalidades de tutela de los derechos de la persona se encuentran disciplinadas por las cartas constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente en el interior de la comunidad y sólo de esta forma entra a formar parte de su constitución sustancial.

Se puede sostener, por lo tanto, que la garantía de la persona representa la tarea esencial del constitucionalismo y la temática de los derechos es su territorio privilegiado.

La principal razón de la importancia del juicio de amparo es haber consolidado la idea que, entre los diversos modos de tutela de los derechos, la tutela judicial es el principal elemento que asegura la garantía de los derechos fundamentales, ya que hace que las previsiones constitucionales sean cotidianamente susceptibles de ser disfrutadas, que tengan vigencia inmediata, y sean justiciables frente a los poderes públicos y privados. Los recursos de amparo indican que un lugar de preeminencia absoluta está ocupado por los procesos y los jueces (que poseen a este propósito una gran fuerza derivada del hecho de que en materia de interpretación aquéllos tienden a tener “la última palabra”).

Con la introducción de las Constituciones rígidas se modifica la relación tradicional entre derechos y ley que había caracterizado la doctrina del siglo XVIII. Si, precedentemente, los derechos se conformaban y existían sobre la base de la ley, hoy, en cambio, representan un límite para la ley: parece adquirir una validez general el

⁴⁴ Sobre las características de las técnicas de especificación de los derechos, nos remitimos a: G. ROLLA, *Tecniche di positivizzazione e clausole di interpretazione dei diritti fondamentali. Alcune considerazioni a proposito delle recenti codificazioni dei diritti nell'Unione europea*, en *Studi in memoria di G. Floridia*, Nápoles, 2009, 661 ss.

razonamiento según el cual si “ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”, en consecuencia ninguna ley contraria a los derechos puede ser válida. No hay que olvidar, por otra parte, que el principal salto de calidad en la tutela de los derechos de la persona ha tenido lugar con la introducción de controles jurisdiccionales sobre la discrecionalidad de la administración, en primer lugar, y sobre la del legislador, en segundo lugar: el nexo ha sido evidenciado por la doctrina según la cual la protección de los derechos fundamentales no puede considerarse suficientemente aseguradora si resulta fácil para el legislador llevar a cabo derogaciones; así como resulta vano limitarse a proclamar la garantía de determinados derechos del individuo sin especificar qué remedio jurisdiccional es posible implementar contra sus lesiones por parte del legislador.

La disciplina de los recursos jurisdiccionales para la tutela de los derechos constitucionales ha sido objeto de una intensa actividad de circulación jurídica, la cual ha recibido un impulso por la creciente *vis* atractiva ejercida por la *judicial review* norteamericana, que ha dotado a la enunciación teórica (sujeción de los poderes públicos a la Constitución y garantía de los derechos fundamentales) de un potente instrumento de actuación. No resulta insignificante, además, la circunstancia de que la conocida controversia *Marbury vs Madison* de 1803 — notoriamente considerada como la fecha de nacimiento de la justicia constitucional— fue originada por un *writ of mandamus* presentado por William Marbury, es decir por una orden de hacer, reconducible al tipo de los recursos contra las omisiones de los poderes públicos.

En otras palabras, los sistemas constitucionales más evolucionados aspiran de transformar los litigios en litigios jurídicos, así como se identifica la sede para solución de las controversias constitucionales en el proceso y no en los procedimientos políticos. En definitiva, los múltiples tipos de recursos para la tutela de los derechos pueden tener en común la progresiva tendencia a canalizar la garantía de los derechos en el seno de procesos específicos, que dan vida a un derecho procesal constitucional orientado a la tutela de los derechos. Tales procedimientos jurisdiccionales, no obstante la variada gamma de soluciones ofrecidas por la disciplina normativa vigente en cada uno de los ordenamientos, presentan —según nuestra opinión— algunas características comunes.

Ante todo, se trata de procesos que —independientemente del órgano competente para decidir— tiene en cualquier caso una naturaleza constitucional, desde el momento en que su finalidad consiste en la defensa de una parte calificadora del texto constitucional.

Además, se está en presencia de procesos sustancialmente de naturaleza objetiva y subjetiva. Su dimensión subjetiva tiene valor, por un lado, por el hecho de que la decisión del juez madura sobre la base de las condiciones de hecho y de derecho que han inducido a los poderes públicos a intervenir (o a abstenerse de hacerlo) incidiendo sobre la esfera jurídica de un individuo, por otro lado, por la circunstancia de que su objetivo primario consiste en hacer desaparecer el comportamiento lesivo. Sin embargo, al mismo tiempo, la actividad del juez está investida por la tarea de satisfacer una exigencia general de garantía

del derecho, se propone la restauración del Estado de derecho vulnerado por la acción o por la omisión de los poderes públicos.

En otros términos, a través del proceso se compone un litigio, pero se aclara también el significado y el alcance de los derechos constitucionalmente garantizados: a través de los recursos se propone tanto garantizar cada uno de los actos arbitrarios de los poderes públicos como sanar un *vulnus* más general, consecuencia del hecho de que los poderes públicos han abusado *contra constitutionem* de las propias competencias.

La ambivalencia de estos procesos explica su especificidad, el hecho de que algunos principios se diferencian tanto del derecho procesal ordinario, como de las reglas propias de los otros procedimientos constitucionales: su razón para ser reverbera sobre los rasgos del procedimiento, guiado por particulares requisitos como la accesibilidad, la ligereza, la informalidad o la rapidez del juicio; también, el legislador ha una cierta discrecionalidad en el momento de establecer el punto de equilibrio entre la naturaleza subjetiva y objetiva de cada uno de los recursos, pudiendo optar entre diferentes alternativas de naturaleza procesal (si la legitimación activa está reservada sólo al interesado o también a otros sujetos, si se actúa por instancia de parte o de oficio, si los poderes del juez pueden ir más allá de la *petitium* o si es la parte la que determina el ámbito del juicio)⁴⁵.

El juicio de amparo, en su trayectoria evolutiva, produjo la contaminación entre las diferentes experiencias de justicia constitucional: de este modo se ha ampliado el tipo de los recursos y la natura de los jueces competentes para garantizar los derechos fundamentales. Si la Constitución de 1917, inspirada por el modelo de la *judicial review*, reserva la competencia a los jueces, otros sistemas – inspirados por el modelo europeo – de han codificadas recursos de amparo constitucional. Más recientemente, se ha establecido un nuevo tipo de amparo (el amparo internacional).

Tal proyección internacional de los recursos de *amparo* - que ha sido denominada diversamente por parte de la doctrina que habla de recurso de *amparo* individual en ámbito supranacional, de *amparo* internacional, aun de *amparo* interamericano- es una consecuencia importante de la formación de sistemas multiniveles de protección de los derechos. De hecho, una línea de tendencia que caracteriza a muchos sistemas constitucionales consiste en la progresiva osmosis entre ordenamientos nacionales y supranacionales. Se trata de un fenómeno que manifiesta la tensión universal que anima la protección de la persona humana

⁴⁵ El debate sobre la oportunidad de configurar el derecho procesal constitucional como una disciplina autónoma se ha desarrollado particularmente entre los juristas de América Latina. A título de ejemplo, véanse los trabajos de D.GARCÍA A BELAUNDE, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, S.José, 2012; E. FERRER MAC-GREGOR, *Estudios sobre el derecho procesal constitucional*, México, 2006; IDEM, *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, 2016. Por otro lado, no hay que olvidar que también en Italia las primeras y fundamentales aportaciones al estudio de la justicia constitucional se deben a autorizados procesalistas como Calamandrei, Cappelletti o Carnelutti. En el continente americano, en cambio, la idea de la defensa de la Constitución a través del proceso tuvo su formulación en el pensamiento del procesalista argentino N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos de derecho procesal, civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1994.

y certifica, en un mundo cada vez más integrado, la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales. En estos contextos, se asiste a la superación de la tradicional relación entre ordenamiento nacional y supranacional en beneficio de una perspectiva multinivel, según la cual se está en presencia de ordenamientos coordinados e integrados entre sí ⁴⁶.

Refiriéndonos a América latina, se puede afirmar que la casi totalidad de las Constituciones de los Estados adheridos a la Convención interamericana de los derechos del hombre contienen normas de apertura al ordenamiento internacional.

Los diversos ordenamientos se diferencian, eventualmente, respecto a la fuerza jurídica que atribuyen a los tratados y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos: en este punto, los textos constitucionales optan por un abanico de soluciones que van desde la equiparación a las normas constitucionales –como en el caso de Nicaragua, Ecuador, Venezuela, y sobre todo Argentina, cuyo art. 75 de la Constitución dispone que las normas internacionales son complementarias de aquellas constitucionales en materia de derechos y de garantías-, a la inserción entre las normas que concurren a la regulación legal de los derechos -a este respecto es emblemática la solución del art. 13 de la Constitución de México, que dispone que las leyes del Congreso y los tratados firmados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado, serán leyes de la República. Así como en otros casos se consideran parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, o un mero criterio de interpretación obligatorio para los poderes públicos –como en el caso del ordenamiento peruano-.

Un salto de calidad en el proceso de integración entre los ordenamientos se ha conseguido con la entrada en vigor de la Convención interamericana sobre los derechos humanos, que ha configurado los presupuestos para conseguir un sistema “geográficos” de garantía de los derechos fundamentales: ello por cuanto tales actos internacionales presentan una fuerza jurídica cualitativamente diversa de aquella de los tratados internacionales ordinarios y han previsto órganos específicos para la tutela del goce efectivo de los derechos en ellos reconocidos. ⁴⁷

⁴⁶ En tema de garantía multinivel de los derechos fundamentales, es considerable la doctrina italiana : P.BILANCIA, E.DE MARCO (cur.), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; L.AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998; A.RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, Milano, 2010, pp. 453 ss; A.D'ATENA, P.GROSSI (cur.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004; S.GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009; V.SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; G.DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti: lezioni*, Torino, 2009; G.ROLLA, L'influenza delle carte sovranazionali sul contenuto legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale, in *Scritti in onore del prof. Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pp.2783 ss.

⁴⁷ Véase: R.HERNANDEZ VALLE, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali supremi e dei Tribunali costituzionali dell'America Latina*, en G.ROLLA (cur.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, pp.73 ss.

Tal tendencia genera fenómenos interesantes e innovadores: por un lado, genera una ampliación de las posiciones subjetivas consideradas como derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, en la medida en que se puede encontrar en la normativa internacional la posibilidad de especificar y de implementar los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales. Por otro lado, favorece la creación de un derecho “común” capaz de constituir la base unitaria para la tutela de los derechos fundamentales en un determinado ámbito geográfico, desde el momento en que los derechos reconocidos en ámbito nacional deben ser interpretados también a la luz de las homogéneas disposiciones presentadas en las codificaciones supranacionales y en conformidad con la interpretación proporcionada por las jurisdicciones internacionales, mientras que estas últimas no pueden no considerar el derecho vivo en cada uno de los ordenamientos en cuanto parte de la tradición constitucional.

Además, se asiste a la presencia de una pluralidad de jurisdicciones —internacionales y nacionales, comunes y constitucionales— capaces de asegurar una cierta homogeneidad de los niveles de tutela a través de la afirmación de criterios interpretativos comunes y de instrumentos procesales homogéneos. En efecto, un progresivo acercamiento del significado a atribuir a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional resulta favorecido — desde el punto de vista sustancial— por la circulación de los principios jurisprudenciales y —desde el punto de vista de las técnicas hermenéuticas— por la búsqueda de una interpretación conforme, con la consecuencia de favorecer un progresivo acercamiento del significado atribuible a las disposiciones de los diversos documentos de rango constitucional, así como de propiciar una cierta homogeneización de los niveles de tutela.

Una línea ulterior común de tendencia de los dos sistemas supranacionales de tutela de los derechos fundamentales consiste en el hecho de que las sentencias de las Cortes parecen sumar a la naturaleza de *res iudicata* — con efectos *inter partes*— la de “cosa interpretada” (con efectos “*erga omnes*”). Esto se da en la medida en que están evolucionando en el sentido de hacer descender de la obligación general de dar ejecución a las decisiones de las Cortes supranacionales el vínculo para los jueces nacionales de interpretar la normativa en materia de derechos de modo “convencionalmente correcto”.⁴⁸

⁴⁸ V.BAZAN, *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos*, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos; Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, 2013, pp.569ss; M.CARBONELL, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial*, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, cit., pp.599ss; E.FERRER MAC-GREGOR, *Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un ius constitutionale commune americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*, en *Ius constitutionale commune en América Latina rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp.329ss.

En América Latina parece prevalecer una dirección favorable a conformarse a la jurisprudencia de la Corte interamericana. A propósito de esto, además de la Sala constitucional de Costa Rica, que motiva con cierta frecuencia sus decisiones en conformidad con lo establecido por la jurisprudencia internacional, se encuentra la doctrina consolidada de la Corte Suprema de Argentina, que, ya antes de la revisión constitucional de 1994, había afirmado que las disposiciones de la Convención son jerárquicamente superiores a las normas internas y vinculantes para los tribunales.

El control de convencionalidad puede ser asimilado a la *judicial review*, en cuanto permite a los jueces, incluidos los jueces constitucionales, verificar la conformidad a la Convención y a la jurisprudencia de juez supranacional de la normativa y de los ordenamientos jurisprudenciales nacionales; además de declarar la inconstitucionalidad (los Tribunales constitucionales) o de desaplicar (los jueces comunes) las normas contrarias. En más ocasiones, ha sido confirmado tanto que es un deber de todo Estado firmante de la Convención Americana estructurarse de modo tal que sus instituciones sean capaces de asegurar el respeto de los derechos humanos, entre los cuales el deber de prever, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención; como que la aplicación de disposiciones de derecho interno contrarias a la normativa y jurisprudencia supranacional constituya la violación de un deber del Estado que compromete su responsabilidad internacional.

Tal necesidad se justifica – para utilizar el razonamiento de la Corte americana de los derechos del hombre —por el hecho de que cuando un Estado ha ratificado un tratado como la Convención, sus jueces— en cuanto órganos del mismo —son sometidos a ella y obligados a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean frustradas por normas contrarias.

